



HAL
open science

Quand le(s) droit(s) et l'économie font mauvais ménage. L'exemple des lois sur l'immigration

Danièle Lochak

► To cite this version:

Danièle Lochak. Quand le(s) droit(s) et l'économie font mauvais ménage. L'exemple des lois sur l'immigration. Droit et économie. Interférences et interactions. Etudes en l'honneur du professeur Michel Bazex, Litec, pp. 217-230, 2009, 978-2-7110-0878-0. hal-01732975

HAL Id: hal-01732975

<https://hal.parisnanterre.fr/hal-01732975v1>

Submitted on 1 Oct 2018

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Quand le(s) droit(s) et l'économie font mauvais ménage.

L'exemple des lois sur l'immigration.

par Danièle Lochak,
professeur émérite à l'université Paris X-Nanterre (Credof)

in Droit et économie. Interférences et interactions.

Études en l'honneur du professeur Michel Bazex, Litec, 2009, pp. 217-230

Le lien entre immigration et économie est ancien. Ainsi, la figure de l'étranger marchand a été à travers les siècles la figure par excellence de l'étranger. On peut aussi mentionner la place occupée à Athènes par les métèques, admis à séjourner sur le territoire de la cité pour des raisons principalement économiques et qui ont largement contribué à l'essor d'Athènes.

Plus près de nous, les rois de France se sont préoccupés d'attirer les ingénieurs, les inventeurs, les ouvriers susceptibles de promouvoir les techniques nouvelles et de favoriser l'essor des activités économiques que délaissait la population française. À la fin du XIX^e siècle et plus encore au XX^e siècle, le travailleur migrant est devenu l'incarnation la plus commune de l'étranger, à côté du réfugié. Pendant les « Trente Glorieuses », en France, c'est le travail qui donne droit au séjour, dans un contexte global où les migrations sont commandées par les besoins économiques des pays industrialisés et représentent un aspect de l'échange inégal entre les pays sous-développés fournisseurs de main-d'œuvre et les pays développés demandeurs de cette même main-d'œuvre.

Lorsqu'on examine les objectifs assignés à la législation sur l'immigration, on peut avoir le sentiment que les considérations économiques – qu'il s'agisse, comme après 1945, de favoriser l'immigration ou à l'inverse, comme cela a été le cas par la suite, de stopper la venue des travailleurs – pèsent d'un poids considérable. Mais l'influence de ces considérations est souvent plus apparente que réelle : soit parce qu'elles sont recouvertes ou sous-tendues par des enjeux politiques, soit parce que la loi s'avère impuissante pour mettre en œuvre une politique économique cohérente. Mais si le droit de l'immigration n'est que le reflet incertain des considérations économiques, les droits des étrangers, eux, ressortent toujours fragilisés de cette primauté, même formelle, accordée à l'économie.

I. Le droit de l'immigration, reflet incertain des préoccupations économiques

En période d'expansion il faut pouvoir recruter la main-d'œuvre dont on manque, en période de récession il faut pouvoir s'en défaire pour préserver le marché national de l'emploi. Dans un cas comme dans l'autre, la loi retraduit tant bien que mal les objectifs que s'assignent les pouvoirs publics. Mais cette législation sous influence atteint rarement son but.

A. Une législation sous influence

En France, le besoin de main-d'œuvre s'est fait sentir dès le XIX^e siècle en raison de la chute de la natalité qui a affecté la France précocement. Les vagues d'immigration – d'Italiens, d'Espagnols, de Polonais... – sont venues combler les besoins en main-d'œuvre de l'agriculture, affectée par l'exode rural, et ceux de l'industrie auxquels l'exode rural ne suffisait pas à pourvoir.

Jusqu'à la Seconde Guerre mondiale, les pouvoirs publics régissent, face à ce phénomène, par une sorte de pilotage à vue empirique, la législation fluctuant au gré de la conjoncture économique. Après 1945, en revanche, la mainmise étatique se renforce et la législation tra-

duit la volonté d'encourager puis, au contraire, de stopper une immigration essentiellement considérée comme un réservoir de main-d'œuvre.

1. L'indexation de la loi sur la conjoncture économique

Tout au long du XIX^e siècle, conformément au principe du laisser faire, laisser passer, l'immigration est libre et spontanée. L'intervention de l'État vise essentiellement des buts d'ordre public. La réaction des pouvoirs publics est aussi inspirée par le souci de donner des gages aux mouvements d'opinion qui, en période de récession, dénoncent la concurrence du travail étranger. Les mesures prises sont sans grande portée économique et tendent surtout à faciliter la surveillance policière des étrangers. Ainsi, le décret du 2 octobre 1888 impose aux étrangers séjournant en France une déclaration de résidence à la mairie et la loi de 1893, bien qu'intitulée « loi relative au séjour des étrangers en France et à la protection du travail national », se borne à perfectionner le dispositif mis en place cinq ans plus tôt et n'apporte pas de restriction véritable à l'emploi des étrangers.

La Première Guerre mondiale change momentanément la donne en obligeant à aller chercher hors d'Europe – en Afrique du Nord, en Indochine, en Chine – une main-d'œuvre de remplacement pour les ouvriers partis au front, ce qui nécessite la mise en place d'une organisation administrative perfectionnée. C'est aussi à l'occasion de la guerre qu'est instaurée par une circulaire de juin 1916 puis officialisée par un décret du 2 avril 1917 la carte d'identité pour les étrangers. Cette carte, délivrée par le préfet, doit être visée à chaque changement de résidence. Ce dispositif de surveillance qui permet de contrôler le déplacement des étrangers sur le territoire répond à des préoccupations de police et non à des préoccupations économiques, même s'il servira de point de départ à un système plus perfectionné permettant de contrôler à la fois le séjour et l'emploi.

La fin de la guerre exacerbe les besoins du main-d'œuvre. Après avoir renvoyé chez elle la main-d'œuvre « exotique » et coloniale jugée inefficace, les pouvoirs publics passent des conventions avec la Pologne, l'Italie et la Tchécoslovaquie sur la base desquelles le patronat peut aller chercher sur place la main-d'œuvre dont il a besoin. Mais très vite l'État renonce à ses prérogatives au profit des associations patronales pour se cantonner à nouveau dans un rôle de police un peu élargi. C'est ainsi que la loi du 11 août 1926 impose à l'étranger qui désire travailler l'obligation de faire porter sur sa carte d'identité la mention « travailleur ». Lors de la première demande, la carte est établie au vu d'un contrat de travail et l'étranger ne peut changer d'emploi avant l'expiration de ce contrat. L'employeur de son côté n'a pas le droit d'embaucher un travailleur s'il n'est pas muni de la carte réglementaire.

Mais cette réglementation assez rudimentaire, notamment destinée à protéger les patrons contre le débauchage des travailleurs qu'ils ont fait venir de l'étranger, ne permet pas aux pouvoirs publics de s'assurer une quelconque maîtrise de l'immigration, ce qui n'est du reste pas son but. Elle est de surcroît appliquée de façon très variable en fonction du contexte économique et politique : souple dans les périodes de plein emploi, plus rigoureuse en période de crise.

C'est en effet la conjoncture qui pèse sur les décisions des pouvoirs publics. Aussi longtemps que l'immigration semble présenter des avantages économiques, la dénonciation des méfaits traditionnellement imputés aux étrangers ne fait pas le poids face au patronat qui entend conserver la liberté de recruter la main-d'œuvre immigrée. Seules les crises, en provoquant le mécontentement de l'opinion, contraignent les pouvoirs publics à réagir. Ainsi, lors de la crise de 1927, le gouvernement Poincaré prend une série de mesures ponctuelles qui font chuter les entrées de 100.000 à 18.000 ; mais dès 1928 les régularisations et autorisations d'introduction sont à nouveau libéralement accordées par l'administration qui, une fois la crise terminée, cède aux sollicitations des employeurs.

Les mêmes remèdes sont utilisés lorsque, à partir de 1931, se font sentir les répercussions de la grande crise. L'activisme réglementaire du gouvernement exprime plus sa soumission aux pressions convergentes de ceux qui dénoncent la concurrence étrangère et exigent le ren-

voi des immigrés qu'une politique réfléchie. Après la loi du 10 août 1932 qui permet de continger la main-d'œuvre étrangère par métier ou par branche, d'autres textes sont adoptés sous la pression des professions – médecins, avocats, artisans, commerçants... – qui réclament protection contre la concurrence.

À l'approche de la Seconde Guerre mondiale se manifeste une nouvelle frénésie législative, dictée cette fois plus par des préoccupations de sécurité que par le souci de protéger la main-d'œuvre nationale. Le décret-loi du 2 mai 1938, notamment, complété et modifié à plusieurs reprises dans les mois qui suivent, tisse une surveillance policière toujours plus dense autour des étrangers.

2. Les tentatives de mise en forme législative des politiques d'immigration

À la Libération, les pouvoirs publics entendent en finir avec l'empirisme et l'improvisation et mettre en place une politique volontariste d'immigration – intention qui sera très vite prise en défaut. Il faut attendre les années 1970 pour que cette volonté se manifeste à nouveau, cette fois pour juguler une immigration jugée économiquement néfaste. Mais la succession des réformes législatives à partir de 1980 montre ce qu'a d'illusoire l'idée que l'on peut, par la loi, stopper les flux migratoires.

1945 : la création de l'ONI

Alors que s'affirme l'emprise étatique sur les leviers de l'économie nationale (nationalisations, planification...), les responsables politiques ambitionnent de faire de l'État le véritable maître d'œuvre de la politique d'immigration au lieu de l'abandonner aux fluctuations de l'offre et de la demande et aux initiatives du patronat. Ils mettent en place à cette fin un ensemble législatif et réglementaire complet et apparemment cohérent.

L'ordonnance du 2 novembre 1945, qui restera formellement en vigueur, quoique très profondément modifiée, jusqu'à la promulgation du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile en 2004, régit les conditions d'entrée, de séjour et d'éloignement des étrangers en France. Elle crée aussi un Office national d'immigration (ONI) à qui est confié le monopole du recrutement et de l'introduction en France de la main-d'œuvre immigrée. L'employeur qui souhaite recourir à la main-d'œuvre étrangère doit passer par l'ONI et sa demande n'est acceptée qu'après vérification que l'offre d'emploi ne peut être satisfaite par des travailleurs déjà présents sur le territoire national. La délivrance de la carte de séjour est subordonnée à la production d'un contrat de travail visé par les services de l'emploi.

Mais la procédure se révèle très vite inadaptée en raison de sa lourdeur bureaucratique qui freine l'introduction de main-d'œuvre étrangère alors que les besoins des entreprises sont immédiats et importants. Dans la pratique, les travailleurs étrangers entrent en France sous couvert d'un simple passeport de touriste, ils trouvent sans peine à s'embaucher et obtiennent ensuite les documents – carte de séjour et carte de travail – qui régularisent leur situation. Comme avant la guerre, ce sont finalement les besoins des entreprises qui déterminent la venue des immigrés.

1974 : la suspension de l'immigration de main-d'œuvre

Avec l'apparition des premières manifestations du chômage, à la fin des années soixante, l'État va tenter de reprendre la main. Le V^e Plan préconise de revenir à l'esprit de l'ordonnance de 1945 et de mieux contrôler l'immigration spontanée. En 1968, un premier coup d'arrêt est donné aux régularisations qui représentent alors 82% des autorisations de séjour délivrées. En 1972, les circulaires dites Marcellin-Fontanet – respectivement ministres de l'Intérieur et du Travail – interdisent de régulariser les travailleurs entrés en France sans être munis d'un contrat de travail. Et en 1974, à la suite du « premier choc pétrolier », les pouvoirs publics annoncent officiellement la suspension de l'immigration de travailleurs.

La volonté de « maîtriser les flux migratoires », selon la formule peu à peu consacrée, débouche sur une série de mesures restrictives : blocage de l'introduction de nouveaux travail-

leurs, contrôle accru aux frontières, refus de toute régularisation pour les étrangers résidant déjà en France, suppression du régime de la libre circulation pour les ressortissants des États de l'ancienne Communauté qui en bénéficiaient jusque-là. Parallèlement, le décret du 21 novembre 1975 introduit dans le code du travail une disposition – encore en vigueur aujourd'hui – qui prévoit que la délivrance des autorisations de travail est subordonnée à la « situation de l'emploi présente et à venir dans la profession et dans la région » pour lesquelles elle est sollicitée.

A partir de 1977, ces aménagements apparaissent comme insuffisants. La politique prônée par le secrétaire d'État au Travail manuel, Lionel Stoléro, n'a plus seulement pour objectif de stopper l'immigration mais d'adapter strictement le nombre des travailleurs immigrés aux besoins conjoncturels de l'économie. On encourage dans un premier temps les retours volontaires par l'instauration d'une « aide au retour » (circulaire de juin 1977) puis, dans un second temps, on décide de ne pas renouveler systématiquement les autorisations de travail, le non-renouvellement de l'autorisation de travail entraînant la perte du droit au séjour (circulaire de juin 1980).

Mais le dispositif ainsi mis en place, inspiré par des préoccupations économiques, ne se suffit pas à lui seul, dans la mesure où l'on ne peut espérer que les étrangers en situation irrégulière partiront spontanément : il faut donc se donner les moyens de les contraindre à partir et compléter le volet « emploi » de la politique d'immigration par un volet policier. Ce sera l'objet de la loi du 10 janvier 1980, dite loi Bonnet, qui modifie pour la première fois de façon substantielle l'ordonnance de 1945. Elle rend plus strictes les conditions d'entrée sur le territoire ; elle permet d'expulser les « clandestins » ou ceux dont le titre de séjour n'a pas été renouvelé ; enfin, elle prévoit la faculté de détenir l'étranger expulsé dans un établissement pénitentiaire pendant sept jours s'il n'est pas en mesure de quitter immédiatement le territoire.

La loi Bonnet inaugure une longue série de réformes législatives, rythmées par l'alternance au pouvoir de la gauche et de la droite. Mais si cette alternance se ressent dans la législation, la gauche rétablissant certains droits et garanties supprimés par la droite, plus frappante encore est la continuité de la politique suivie pendant trente ans et qui a fait de la maîtrise de flux migratoires un objectif prioritaire. La mise en œuvre de cet objectif, présenté comme l'expression inéluctable des contraintes économiques, a abouti à entraver non seulement l'immigration de main-d'œuvre, comme il était initialement annoncé, mais aussi la venue des familles, des étudiants, des réfugiés, des visiteurs ou des conjoints de Français. Mais il n'a pas été pour autant atteint, puisque l'immigration irrégulière a continué à se développer.

Comme après 1945, par conséquent, quoique pour des raisons exactement inverses – dans la période précédente, l'État se désengage, alors que dans la période postérieure à 1974 il s'engage à fond, mais sur la base de considérations qui finissent par ne plus avoir grand-chose à voir avec la rationalité économique – la prétention de la loi à formaliser et permettre la réalisation d'une politique économique est plus fictive que réelle.

2000 : vers une reprise de l'immigration de main-d'œuvre

Qu'en est-il aujourd'hui, où le mot d'ordre de l'« immigration zéro » mis en avant par Charles Pasqua au milieu des années 1990, a été abandonné pour un discours qui met l'accent sur les besoins de main-d'œuvre à venir ? Depuis plusieurs années, en effet, les experts annoncent que la situation démographique et économique de l'Europe rend inévitable à court ou moyen terme le recours à l'immigration. La même prise de conscience se fait jour au niveau communautaire¹.

¹ En novembre 2000, la Commission propose d'« ouvrir les canaux de l'immigration légale à destination de l'Union aux travailleurs migrants [...] compte tenu de la contribution positive que les migrants peuvent apporter au marché de l'emploi, à la croissance économique et à la pérennité de nos systèmes de protection sociale ». En janvier 2005, la même Commission publie un « livre vert » sur une « approche communautaire de la gestion des migrations économiques », qui préconise d'« encourager des flux d'immigration plus soutenus pour couvrir les besoins du marché européen du travail et assurer la prospérité de l'Europe ». Au sommet de La Haye de no-

En France même, on perçoit un premier indice de changement dans la façon d'appréhender l'immigration pendant l'élaboration de la « loi Chevènement », au printemps 1998. Il y est question d'une ouverture sélective des frontières aux étrangers dont l'intérêt personnel coïncide avec les intérêts économiques de la France : investisseurs, intellectuels, chercheurs, boursiers du gouvernement français, artistes...

La politique annoncée à partir de 2003 repose, on le sait, sur la distinction entre l'« immigration subie », comme le regroupement familial et les demandeurs d'asile, à laquelle il convient d'imposer des exigences accrues, et l'« immigration choisie » en fonction des besoins de l'économie, qu'il convient de promouvoir. Lorsque le ministre de l'Intérieur, en juillet 2005, présente les axes de cette politique, il propose, dans cette perspective, de fixer le nombre de personnes admises à s'installer chaque année en France. Il évoque même un système de points attribués en fonction de critères d'âge, de diplômes, de connaissances linguistiques, d'expériences.

Dans la loi du 24 juillet 2006 relative à l'immigration et à l'intégration, il n'est question ni de quotas ni de points. L'objectif d'une « ouverture encadrée de l'immigration de travail » se lit néanmoins en filigrane dans la réforme du dispositif de délivrance des cartes de séjour permettant l'exercice d'une activité professionnelle. La loi facilite notamment la délivrance d'un titre de séjour pour exercer une activité professionnelle salariée dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et dont la liste est établie au plan national. Les conditions dans lesquelles la loi enserme cette délivrance dénote la volonté d'en conserver strictement la maîtrise et implique qu'elle ne concernera qu'un nombre restreint d'étrangers. La carte dite « compétences et talents », de son côté, une des dispositions phares de la loi de 2006, fait directement écho à l'idée d'une immigration choisie et visée, selon ses promoteurs, à attirer des migrants hautement qualifiés ou « des personnalités à haut potentiel ».

B. Une législation impuissante

Quelles qu'en soient les raisons – rigidité excessive de la loi qui en entrave l'application, parasitage des considérations économiques par des considérations politiques ou camouflage de visées politiques sous un discours d'apparence économique, inadaptation des textes aux objectifs poursuivis – la législation s'avère finalement impuissante pour parvenir aux fins qui lui sont théoriquement assignées.

1. La loi inappliquée ou contournée

On a vu à plusieurs époques les autorités publiques se résigner à ce que les dispositions qu'elles avaient fait adopter restent lettre morte, voire à ce qu'elles soient ouvertement contournées.

Le premier exemple est celui de la loi du 10 août 1932 sur le contingentement de la main d'oeuvre étrangère, qui permettait de fixer des quotas pour l'embauche de travailleurs étrangers. Cette loi de circonstance, adoptée malgré l'opposition du patronat pour donner satisfaction à l'opinion publique dans une période de chômage, donnait théoriquement des pouvoirs très larges au gouvernement pour limiter la proportion des travailleurs étrangers dans certaines branches professionnelles. Les quotas devaient être fixés par des décrets, mais ceux-ci ont tardé à venir. Au total, la loi ne sera appliquée que très partiellement et tombera vite en désuétude, bien qu'elle n'ait été officiellement abrogée qu'en 1981.

Autre exemple, plus spectaculaire encore : le sort réservé à la disposition de l'ordonnance de 1945 qui conférait à l'ONI le monopole de l'introduction en France de la main d'oeuvre immigrée. Très vite ce monopole a été battu en brèche, parce que la rigidité et la lourdeur du

vembre 2004, la Commission a été invitée à présenter un programme d'action relatif à l'immigration légale. Parmi les cinq propositions prévues dans le cadre de ce programme, figure notamment une directive sur le séjour de ressortissants de pays tiers aux fins d'emploi hautement qualifié avec pour objectif d'« améliorer la capacité de l'Union européenne à attirer les travailleurs hautement qualifiés des pays tiers ».

dispositif mis en place faisaient obstacle au développement souhaité des flux migratoires et ne permettaient pas de répondre aux besoins à court terme des entreprises. La mise de côté de la loi sera officialisée lorsque, dès 1948, on acceptera de régulariser les travailleurs entrés en France en violation du monopole de l'ONI, sous couvert d'un simple passeport de touriste ou même clandestinement. On ne peut qu'être frappé de la facilité avec laquelle, pendant plus de vingt ans, les pouvoirs publics se sont accommodés d'une situation où la loi était quotidiennement bafouée. Il faudra que se manifestent les premières tensions sur le marché de l'emploi pour que l'on tente de revenir à la lettre et à l'esprit des textes avant de finalement annoncer, en 1974, la suspension de toute immigration de main-d'oeuvre.

2. La loi inadaptée

La régularisation a donc été pendant les « Trente Glorieuses » le mode d'obtention « normal » – statistiquement parlant – de l'accès au séjour par le biais du travail, parce que la rigidité excessive du dispositif législatif s'accordait mal avec les besoins des entreprises. À partir des années 1970, les opérations de régularisation auxquelles tous les gouvernements, de gauche ou de droite, ont été contraints de procéder périodiquement sont elles aussi la preuve de l'inadaptation d'une législation trop rigide, parce que fondée cette fois sur l'hypothèse irréaliste de la fermeture des frontières.

Car, en dépit du renforcement des contrôles, l'immigration irrégulière ne peut pas être jugulée. Les frontières ne sont pas étanches, les étrangers en situation irrégulière ne sont pas tous interpellés, la mise à exécution des décisions d'éloignement se heurte à des obstacles pratiques. Les entraves mises au droit au séjour elles-mêmes alimentent l'immigration irrégulière dès lors que, sans dissuader les étrangers de venir ou de se maintenir en France, elles les empêchent de sortir de la clandestinité. Dans ce contexte, les régularisations témoignent de l'impossibilité d'appliquer dans toute leur rigueur les dispositions restrictives inscrites dans la loi : en y recourant, les gouvernants reconnaissent implicitement l'inadaptation de la législation.

La première opération importante de régularisation remonte à 1973 : elle a abouti à régulariser près de 40 000 travailleurs étrangers entrés en France hors des procédures légales et que les circulaires Marcellin-Fontanet (voir plus haut) avaient condamnés à la clandestinité. Cette première régularisation « exceptionnelle » sera suivie en 1979, de façon plus ponctuelle, par la régularisation de quelque 3 000 travailleurs turcs employés dans des ateliers de confection clandestins du Sentier.

La décision annoncée en 1974 par le gouvernement d'interrompre les flux d'immigration salariée n'ayant pas mis fin à l'entrée en France d'étrangers en dehors des procédures légales, la gauche décide, lors de son arrivée au pouvoir en 1981, d'apurer le passé : d'où une régularisation de grande ampleur qui aboutira à munir de papiers environ 130 000 personnes qui pouvaient justifier d'un emploi.

Signe d'une modification dans la façon d'appréhender l'immigration, qu'on considérait traditionnellement avant tout comme un réservoir de main-d'œuvre, les régularisations suivantes – celle des « déboutés du droit d'asile » en 1991, puis celle des parents d'enfants français en 1995 – ont été déconnectées du travail, même si en pratique la plupart des étrangers régularisés, quel qu'en soit le motif, entrent sur le marché de l'emploi. La régularisation de 1997 consécutive aux mobilisations de sans-papiers de 1996 marquées notamment par l'occupation de l'Église Saint-Bernard à Paris, elle aussi, a bénéficié essentiellement aux familles. Il en a été de même de la régularisation décidée en juin 2006, en réponse à la mobilisation du Réseau Éducation sans Frontières (RESF) autour du sort des enfants et jeunes majeurs scolarisés menacés d'éloignement, qui a abouti à la délivrance de quelques milliers titres de séjour à des parents d'enfants scolarisés.

Aujourd'hui, en revanche, conformément aux objectifs mis en avant de favoriser l'immigration de travail au détriment de l'immigration de famille, c'est l'occupation d'un emploi qui constitue un motif potentiel de régularisation. La loi du 20 novembre 2007 a prévu

qu'un étranger déjà présent en France peut solliciter son « admission exceptionnelle au séjour » – autrement dit sa régularisation – s'il présente une promesse d'embauche pour une activité professionnelle correspondant à un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et dont la liste est établie au plan national. Mais la loi ne lie absolument pas l'administration qui peut rejeter une demande même si l'emploi correspond à un métier figurant sur la liste nationale ou, en sens inverse, accorder le titre de séjour demandé si le métier n'y figure pas.

Notons pour terminer que, quels qu'en soient les motifs et les bénéficiaires, l'instrument par excellence de toute opération de régularisation reste la circulaire : autrement dit, un instrument par lequel un ministre demande ouvertement aux préfetures de contourner les dispositions restrictives des textes législatifs et réglementaires, en leur laissant de surcroît toute latitude pour appliquer – souplement et au cas par cas – les critères de régularisation qu'elle énumère.

3. La loi d'affichage

Pour illustrer l'hypothèse de la loi d'affichage, celle qui vaut plus par l'impact qu'on en attend sur l'opinion que par sa capacité d'emprise sur la réalité, on pourrait citer bon nombre de lois adoptées sous la III^e République. En particulier, lorsque le législateur décide d'intituler la loi de 1893 : « loi relative au séjour des étrangers en France *et à la protection du travail national* », cette dénomination a peu de rapport avec le contenu intrinsèque de ses dispositions qui restent essentiellement des dispositions de police. Le but est de montrer – ou de faire croire – à l'opinion qu'on agit, dans une conjoncture troublée où l'insécurité politique se mêle à la crise économique et où la crainte de la concurrence de la main-d'œuvre étrangère n'est qu'un aspect des crispations xénophobes.

Plus près de nous, on pourrait aussi évoquer la carte « compétences et talents », présentée comme destinée à favoriser l'attractivité de la France. Elle est délivrée à l'étranger « susceptible de participer, du fait de ses compétences et de ses talents, de façon significative et durable au développement économique ou au rayonnement, notamment intellectuel, culturel et sportif de la France dans le monde ou au développement économique du pays dont il a la nationalité »².

Ce dispositif est manifestement voué à rester quantitativement marginal, d'autant que, pour se dédouaner du reproche de vouloir encourager le « pillage des cerveaux », le législateur a resserré encore plus les conditions de délivrance de cette carte lorsque l'étranger est originaire d'un pays appartenant à la « zone de solidarité prioritaire », qui regroupe 54 pays parmi les moins développés³.

Le fait est qu'après une mise en place laborieuse qui a pris plus de dix-huit mois, quelques dizaines de cartes seulement avaient été délivrées au milieu de l'année 2008 pour un objectif de 2000 en année pleine. Ceci tend à conforter l'hypothèse qu'il s'agit plus d'un gadget que d'un instrument permettant d'adapter les flux d'immigration qualifiée aux besoins et aux capacités d'accueil de la France.

² Ces critères très flous ont été affinés par une commission désignée à cet effet, qui a précisé – logiquement – que seraient privilégiés les métiers ou activités requérant de hautes qualifications, que les diplômes de physique, chimie, biologie, mathématiques, informatique, agronomie, marketing, ressources humaines, gestion, finance, actuariat, comptabilité seraient valorisés, de même qu'un niveau de revenu équivalent à celui d'un cadre supérieur.

³ Il faut que la France ait conclu avec le pays d'origine un accord de partenariat pour le codéveloppement ou que l'étranger s'engage à retourner dans son pays au terme d'une période maximale de six ans, d'une part, et il faut que le titulaire de la carte apporte son concours à une action de coopération ou d'investissement économique définie par la France avec le pays dont il a la nationalité, d'autre part.

II. Les droits des étrangers victimes de la raison économique

Si la législation est en général impuissante à atteindre les objectifs économiques que les pouvoirs publics lui assignent, la vision instrumentale de l'immigration a néanmoins des retombées assez systématiquement négatives sur la condition des étrangers. La « raison économique », avatar de la « raison d'État », incite, dans une perspective protectionniste, à réserver certains droits et certains emplois aux nationaux et à restreindre corrélativement l'accès des étrangers aux activités économiques, autrement dit à pratiquer une forme de préférence nationale qui ne dit pas son nom.

La subordination des droits conférés aux migrants aux intérêts économiques de l'État d'accueil aboutit inéluctablement à la fragilisation de ces droits : dans le domaine du travail et de l'emploi, l'étranger n'a que des droits diminués, conditionnés et donc précaires.

A. Des droits diminués

La tendance à avantager l'activité économique des nationaux au détriment des étrangers a été en s'accroissant tout au long du XX^e siècle. Si la liberté économique proclamée à la Révolution française est demeurée la règle pour les premiers, elle a fini par devenir l'exception pour les seconds.

D'hier...

Paradoxalement, le droit de travailler et de gagner sa vie était mieux garanti aux étrangers au XIX^e siècle qu'aujourd'hui. À partir de la fin du XIX^e siècle, des restrictions croissantes ont été apportées au travail des étrangers, dictées parfois par la crainte de l'influence étrangère dans des domaines supposés sensibles mais beaucoup plus souvent par la volonté de protéger les nationaux contre la concurrence étrangère : interdiction de diriger un établissement d'enseignement (1886), de pêcher dans les eaux françaises ou de faire du cabotage entre les ports français (1889), d'ouvrir des cercles de jeu ou des casinos (1907), restrictions à l'accès des professions médicales et paramédicales (1892), exclusion du bénéfice des concessions d'énergie hydraulique (1919) venant s'ajouter à l'exclusion plus ancienne de toute profession impliquant une participation à la gestion des services publics, y compris de services publics économiques (chemins de fer, manufactures de l'État, entreprises publiques).

La période de l'avant-guerre marque une nouvelle escalade, les pouvoirs publics cédant à la pression corporatiste des professions concernées. La loi du 21 avril 1933 écarte de l'exercice de la médecine non seulement les étrangers mais aussi les naturalisés non titulaires d'un diplôme français, la loi du 19 juillet 1934 impose aux naturalisés un stage de dix ans pour l'accès à la fonction publique ou au barreau, le décret-loi du 9 août 1935 impose aux artisans étrangers la détention d'une carte d'identité spéciale, mesure qui sera étendue aux commerçants en 1938. À quoi s'ajoutent les mesures de contingentement et la faculté d'imposer des quotas déjà évoquées plus haut, d'abord pour les travailleurs salariés (1932), puis pour les artisans (1935), enfin pour les commerçants (1938).

... à aujourd'hui

Aujourd'hui encore, un nombre considérable de professions et d'emplois, qu'on évalue à plus de six millions, est fermé aux étrangers non ressortissants d'un État de l'Union européenne.

Les emplois fermés sont d'abord les emplois de fonctionnaires. L'exclusion découlait au départ de ce que l'accès à la fonction publique était un attribut de la citoyenneté. Mais si l'on peut comprendre, au regard des fondements de l'État nation, le refus de confier à un étranger des fonctions qui l'associent à l'exercice de l'autorité étatique (police, armée, magistrature, impôts...), cette explication ne vaut plus à partir du moment où la très grande majorité des fonctionnaires accomplit des tâches qui ne confèrent aucune prérogative particulière, et c'est d'ailleurs ce constat qui a justifié l'ouverture des emplois dans l'administration publique aux

ressortissants de l'Union européenne. La vraie raison de cette exclusion est donc à rechercher ailleurs : dans le souci de réserver aux nationaux un domaine où il seront à l'abri de la concurrence, ou encore dans le refus de faire bénéficier les étrangers des avantages attachés à la condition de fonctionnaire. La preuve en est que, tout en refusant de recruter des étrangers sur des postes de fonctionnaires, on accepte de les recruter, pour accomplir les mêmes tâches – par exemple dans l'enseignement mais aussi pour des tâches moins qualifiées – sur des emplois de contractuels.

L'exclusion des étrangers des emplois publics s'est étendue par contagion aux emplois du secteur public et nationalisé. S'agissant de services industriels et commerciaux dont les agents sont soumis au droit privé, la volonté de réserver aux nationaux un certain contingent d'emplois est ici encore plus flagrante. Une évolution est toutefois perceptible, qui a tendance à s'accélérer à la faveur des privatisations et du changement de statut qui en résulte pour le personnel des entreprises concernées⁴.

Il existe enfin, dans le secteur privé, une longue liste de professions réservées aux Français. Un recensement réalisé en 1999 montrait qu'une cinquantaine de professions faisaient l'objet de restrictions liées à la nationalité, représentant environ 1,2 millions d'emplois. Les secteurs concernés sont divers : professions de santé, professions judiciaires, professions comptables et financières, métiers du transport, de l'urbanisme, de la sécurité, du tourisme et des loisirs, de la communication, mais aussi débitants de tabac ou de boissons, personnel des casinos et salles de jeux, courtiers d'assurance, entrepreneurs de pompes funèbres...

La condition de nationalité a certes été supprimée au cours des années récentes pour un certain nombre de métiers, notamment dans la banque et l'assurance ou dans le tourisme. Mais la majeure partie des professions libérales restent encore fermées aux étrangers non communautaires. C'est le cas des experts comptables, des architectes et des géomètres-experts. C'est le cas aussi des professions judiciaires : notaires, huissiers de justice, avoués, commissaires-priseurs, et même avocats, avec ici, toutefois, plus de souplesse, car la profession est ouverte aux ressortissants d'États liés à la France par un accord de réciprocité, notamment les États du Maghreb et d'Afrique sub-saharienne..

Une prise de conscience du caractère à la fois juridiquement contestable et socialement inéquitable de ces exclusions a commencé à se faire jour à partir des années 1990 : les rapports se sont multipliés, de même que les propositions de réforme. Mais le fait qu'elles tardent à se concrétiser montre assez qu'il ne s'agit pas là d'une priorité aux yeux des pouvoirs publics.

B. Des droits conditionnés

Au-delà de ces restrictions portant sur des professions ou des métiers particuliers, c'est le principe même de la liberté de travailler qui est dénié aux étrangers. Le premier texte instituant le principe d'un contrôle sur le travail des étrangers remonte à 1926. Le système a été progressivement perfectionné jusqu'à aboutir à une situation où les étrangers non seulement ne sont pas libres de choisir à leur gré une profession mais ne peuvent travailler que sur le fondement d'une autorisation discrétionnaire, délivrée en fonction de l'état du marché de l'emploi. Cette absence de liberté passe inaperçue dans les périodes d'expansion où les autorisations sont accordées plus ou moins automatiquement, mais elle se manifeste beaucoup plus brutalement en période de chômage.

Aujourd'hui encore, un étranger ne peut s'embaucher comme salarié s'il est dépourvu d'autorisation de travail et l'employeur lui-même s'expose dans ce cas à de lourdes sanctions. Une autorisation est également nécessaire pour l'exercice de la profession de commerçant,

⁴ La condition de nationalité reste exigée du personnel d'EDF et GDF, de la SNCF, du Commissariat à l'énergie atomique, mais elle a été supprimée en 2002 à la RATP. Elle ne figure plus dans le statut du personnel de France Telecom et de La Poste, depuis que les agents recrutés n'ont plus la qualité de fonctionnaires, ni dans celui d'Air France, depuis la privatisation intervenue en 2004

d'artisan ou d'exploitant agricole. Une liberté sous condition n'en étant pas une, force est d'admettre que la proclamation du préambule de 1946 : « chacun a le devoir de travailler et le droit d'obtenir un emploi. Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines... » ne s'applique pas aux étrangers.

Il est vrai que, dans la pratique, cette contrainte a été progressivement allégée pour une majorité des étrangers résidant en France : les titulaires d'une carte de résident comme les titulaires d'une carte « vie privée et familiale » sont en effet dispensés de solliciter une autorisation, que ce soit pour exercer une activité salariée ou une activité indépendante. Mais l'évolution qui a abouti, en renversant le principe en vigueur jusqu'en 1984, à attacher le droit de travailler au droit au séjour n'est pas irréversible : dans le contexte actuel de relance de l'immigration de travail, l'autorisation de travail va logiquement redevenir le pivot du dispositif de régulation de la main-d'œuvre étrangère, conditionnant également le droit au séjour.

En règle générale, l'administration, lorsqu'elle instruit une demande d'autorisation de travail, doit prendre en considération la situation de l'emploi dans la profession et dans la zone géographique pour lesquelles l'autorisation est demandée. En conséquence, même si l'intéressé présente un contrat de travail ou une promesse d'embauche, l'autorisation peut être refusée si le déséquilibre entre les offres et les demandes d'emploi est trop important.

Il existe des exceptions ou des assouplissements au principe de l'opposabilité de la situation de l'emploi, pour des situations spécifiques ou certains types d'emplois, toujours liés à des besoins économiques ponctuels. A titre d'exemple, des circulaires ministérielles recommandent d'examiner avec bienveillance les demandes émanant d'étrangers de haute qualification ou de cadres dirigeants. Périodiquement, d'autres instructions visent, en fonction des besoins conjoncturels, les étrangers ayant une qualification déterminée (infirmiers ou informaticiens, par exemple).

Dans la perspective de la reprise d'une immigration de travail « choisie » en fonction des besoins de main-d'œuvre de la France, la loi de 2006 a inscrit ces possibilités de dérogation, jusque-là édictées de façon informelle, dans le Code de l'entrée et du séjour des étrangers. Si l'étranger veut exercer une activité professionnelle salariée dans un métier et une zone géographique caractérisés par des difficultés de recrutement et dont la liste est établie au plan national, la situation de l'emploi ne lui est pas opposable.

Mais la liste des professions concernées telle qu'elle a été arrêtée, région par région, en janvier 2008, ne comporte que trente métiers. Le fait que seule une petite partie des métiers « en tension », tous exigeant une qualification, ait été incluse dans cette liste, alors que la liste établie parallèlement pour les ressortissants des États nouvellement entrés dans l'Union européenne comportait 150 métiers, dont une bonne partie non qualifiés, incite à s'interroger sur les motivations réelles du dispositif. Il est difficile en effet de croire que seules entrent en compte des considérations strictement économique puisqu'il aboutit à préférer ouvertement la main-d'œuvre européenne à celle des pays tiers, laquelle peut se voir refuser l'autorisation de travailler même dans des secteurs où l'offre d'emploi excède la demande.

Le contenu des accords bilatéraux passés entre la France et les pays d'émigration confirme l'existence de ces enjeux politiques. Ces accords aboutissent à multiplier les régimes spécifiques, plus ou moins favorables, pour les ressortissants de chacun des pays concernés. La faveur est indexée sur l'état des relations diplomatiques entre la France et les pays signataires, mais surtout sur la bonne volonté manifestée par ces derniers pour contribuer à ce qu'on appelle pudiquement la « gestion concertée des flux migratoires » : autrement dit, sur les engagements pris pour empêcher l'émigration « illégale » de leurs ressortissants et pour réadmettre leurs nationaux ou les migrants ayant transité par leur territoire avant de franchir illégalement les frontières⁵.

⁵ À titre d'exemple, l'accord négocié avec le Bénin en 2007 énumère une liste de 16 métiers – très qualifiés – pour lesquels la situation de l'emploi ne sera pas prise en compte ; l'accord avec le Sénégal fixe à un millier le nombre de cartes de salariés pouvant être délivrées au cours de l'année à ses ressortissants pour des métiers figurant sur une liste qui en comporte 108 – donc nettement plus ouverte que la liste générale et incluant des

C. Des droits précaires

Doublement conditionnés – à la situation de l'emploi, mais aussi à des considérations politiques plus globales – les droits ainsi accordés sont nécessairement précaires.

Les dispositions législatives et réglementaires adoptées récemment ne font que conforter cette précarité. En effet, dès lors que l'objectif est d'ajuster la main-d'œuvre étrangère aux besoins du marché de l'emploi, on en arrive inéluctablement à indexer la durée de l'autorisation de travail et, au-delà, du titre de séjour, sur ces besoins. Significative à cet égard est l'officialisation, par la loi du 24 juillet 2006, de la carte portant la mention « travailleur temporaire » : délivrée aux titulaires d'un contrat à durée déterminée de moins de douze mois sa durée est calquée sur celle du contrat, elle ne comporte aucune garantie d'en obtenir le renouvellement. Celui-ci n'a de chance d'être accordé que si l'intéressé est en mesure de présenter une autre promesse d'embauche, toujours dans un secteur caractérisé par des difficultés de recrutement.

Alors que la loi de 1984 créant la loi de résident entendait offrir aux étrangers installés en France la garantie d'un séjour stable, on en revient aujourd'hui d'une certaine façon à la philosophie initiale de l'ordonnance de 1945, lorsque, sur la base d'un contrat de travail qui seul donnait droit au séjour, l'étranger était systématiquement mis en possession d'une carte valable un an, avec la perspective d'obtenir après quelques années une carte de « résident ordinaire » valable trois ans et des chances plus restreintes d'obtenir un jour le statut de « résident privilégié ».

*

On a ici la confirmation que la vision utilitaire de l'immigration, envisagée sous le seul angle des intérêts économiques des États d'accueil, non seulement ne peut garantir les droits des étrangers mais les fragilise. D'autant que le législateur, obnubilé par l'objectif – hors de portée – de maîtriser des flux migratoires, s'est engagé dans une spirale répressive qui a abouti à mettre en place un réseau de plus en plus dense de surveillance et de contrôle et un appareil de sanctions toujours plus sévères, réduisant souvent à peu de chose pour beaucoup d'étrangers l'exercice de droits aussi fondamentaux que la liberté d'aller et venir, le droit à la sûreté ou le droit au respect de la vie privée et familiale.

Non, décidément, la vision de l'économie qui sous-tend les politiques d'immigration ne fait bon ménage ni avec le droit, ni avec les droits de l'homme...

métiers peu qualifiés comme « serveur » ou agent de gardiennage et d'entretien » ; enfin, l'accord négocié avec la Tunisie fait référence à une liste comportant 77 métiers.